



DIEZ POSTULADOS SOBRE LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE EL VARON Y LA MUJER

Javier Hervada

1. *Introducción*

Fue un hombre curtido en la lucha por unos ideales, que en su tiempo parecieron a la mejor intelectualidad griega y romana una locura —de loco le trató el procurador Festo¹ y la por tantas razones admirable figura de Marco Aurelio no ocultó su desdén por esos ideales²—, quien lanzó un grito, cuyos ecos resuenan todavía en nuestros días: «no hay varón ni mujer»³. Nunca se ha hablado en términos más plásticos de la igualdad entre varón y mujer, como lo hiciera Pablo de Tarso. En cuanto personas humanas, llamadas a unos fines trascendentes, «no hay varón ni mujer» como no hay griego o judío, siervo o libre; por encima de las condiciones sociales o *status* en los que se organizaba la sociedad de su tiempo —viene a decir Pablo—, todo hombre —varón o mujer— tiene una condición común a todos los hombres, hay un plano de igualdad determinado por ser persona humana. Pablo de Tarso no era un político ni un filósofo, ni se sintió llamado a revolucionar las estructuras sociales de su tiempo; su misión consistió en predicar una doctrina, que pasaría a ser la base fundamental de nuestra civilización. Sin la doctrina que pudo hacer exclamar a uno de sus más preclaros heraldos «no hay varón ni mujer», la igualdad entre ambos muy probablemente no se habría planteado,

1. Act 26, 24.

2. *Meditaciones*, XI, 3.

3. Gal 3, 38.

como no se ha planteado en los ámbitos culturales distintos a nuestra civilización, si no es por influencia de ella.

Con todo hay que reconocer que todavía el grito paulino no ha encontrado el eco que debiera, o porque algunos oídos no acaban de oír o porque ese eco es distorsionado por ciertos grupos hasta los límites del absurdo⁴. Por mucho que se haya escrito sobre el tema no se ha escrito bastante, porque todavía quedan cosas por decir y hacer y porque se trata de un asunto muy importante. Sin ponernos graves —no vaya a ocurrirnos lo que dice Chesterton del diablo, que «fell by force of gravity»⁵—, es preciso admitir que la igualdad entre varón y mujer pone en juego valores e ideas fundamentales de la sociedad. Y entre ellos pone en juego la justicia.

Una sociedad justa —se dice— postula que se dé a cada cual lo suyo, que se reconozcan por igual a todos los hombres aquellas cosas —aquellos derechos— que tienen por naturaleza o por cualquier medio legítimo. Y con toda razón, pues a pesar de los múltiples intentos modernos de encontrar otras definiciones de la justicia, ninguna ha conseguido superar —en la conciencia de los hombres— la vieja y siempre actual definición del jurista romano: «dar a cada uno su derecho, a cada uno lo suyo»⁶. Una sociedad justa —por lo que atañe al argumento que nos interesa— será aquella que da por igual a varón y mujer lo que a cada uno de ellos corresponde.

Vamos a tratar, pues, de una cuestión de justicia. Pero si tenemos en cuenta la distinción aristotélica entre lo justo natural y lo justo positivo⁷, es claro que la cuestión a estudiar no se plantea en el ámbito de lo justo positivo —pues no son nuestro objeto los posibles incumplimientos del derecho positivo por jueces y ciudadanos—, sino en el ámbito de lo justo natural, en el campo de aquellos derechos que, siendo connaturales a la mujer, la ley positiva puede no reconocerlos o bien no los reconoce suficientemente. Aunque nadie ignora que en este tema inciden fuertes corrientes ideológicas, nuestro propósito es ceñirnos al terreno jurídico, al de lo justo natural, que es tanto como

4. Sobre este extremo puede verse A. M. NAVARRO, *Feminismo, familia, mujer* (Pamplona 1982).

5. Cit. por C. S. LEWIS, *Cartas del diablo a su sobrino*, ed. castellana (Madrid 1977), pág. 14.

6. «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi», D. 1, 1, 10. Los principales ataques a esta definición provienen de Kant y Kelsen; sobre su crítica, vide J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona 1981), págs. 30 y 32 s.

7. *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134 b.

decir, al campo propio de los derechos fundamentales de la persona humana. Estos derechos —derechos humanos—, como se lee en algunos documentos internacionales, son esenciales al hombre y están «fundados en los atributos de la persona humana»⁸; son esos *inherent rights* de que hablaron las declaraciones del ámbito anglosajón⁹ o —por usar las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos— se trata de aquella justicia que proviene del «reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

2. Igualdad y discriminación

En cuestiones como la que nos ocupa, es frecuente que un uso indiscriminado de los términos acabe por crear confusiones que transforman el diálogo en una torre de Babel. Parece, pues, oportuno comenzar por analizar las dos palabras claves en este tema: igualdad y discriminación.

a) Comencemos por la segunda. Hace un momento hemos hablado de un uso indiscriminado de términos, lo que quiere decir usar de varios significados de una misma palabra, sin *distinguir* esos varios sentidos, confundiéndolos; en efecto, discriminar no tiene otro significado que «distinguir, diferenciar una cosa de otra»¹⁰. En principio, pues, la discriminación, o acto de distinguir y diferenciar una cosa de otra —en nuestro caso, el varón de la mujer—, no encierra ningún juicio de valor. Por el contrario, discriminar el varón respecto de la mujer es cabalmente lo que exige el más elemental sentido de la realidad. Por ejemplo, quien desea casarse y tener hijos necesita obviamente *discriminar*, distinguir y diferenciar un varón de una mujer.

Pero si en principio discriminar significa simplemente distinguir en la realidad de las cosas lo distinto y diferenciar lo diferente, hay un uso de esta palabra y sus derivados que encierra un juicio de valor. Si se distingue y diferencia a un estudiante por su especial buen rendimiento escolar —v.gr. concediéndole la matrícula gratuita llamada

8. *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, preámb.

9. *The Virginia Declaration of Rights*, sect. 1.

10. Cfr. J. CASARES, *Diccionario ideológico de la lengua española*, 2.ª ed. (Barcelona 1979).

matrícula de honor— esta discriminación, distinción o diferenciación supone un juicio de valor; y estos juicios de valor pueden afectar a la justicia. De este modo aparecen la discriminación justa y la discriminación injusta ¹¹.

La discriminación justa será aquella distinción o diferenciación en los derechos y deberes que obedezca a razones de justicia: v.gr. estará legitimado para el ejercicio de la medicina quien haya realizado los estudios y superado las pruebas legalmente establecidas y no lo estará quien no se encuentre en esas circunstancias; esta diferenciación de trato es justa, porque existe una diferencia real de saber y de aptitud en una materia en la que esta diferencia atañe al interés colectivo de la salud de los ciudadanos. Con el ejemplo se pone de manifiesto que la diferenciación o distinción de trato —la discriminación— es justa, cuando tiene como causa una diferencia real que afecta al fundamento y a la razón del derecho o del deber, respecto del cual se establece dicha distinción de trato.

Según esto, ¿qué es la discriminación injusta? La discriminación injusta consiste en aquella diferencia de trato dado a diversos sujetos que tiene por causa algún motivo que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato ¹². Por ejemplo, como sea que el título sobre el salario es el trabajo realizado, habrá discriminación injusta si —por el mismo trabajo— se da mayor salario a los nacionales que a los extranjeros o a los blancos que a los negros, pues ni la nacionalidad ni el color de la piel afectan a la relación trabajo-salario como fundamento del derecho a la justa remuneración. Si en

11. Con sólo consultar el diccionario se advierte que es un bizantinismo la cuestión que algunos plantean: sería una redundancia hablar de discriminación injusta porque toda discriminación es injusta. No advierten que con la palabra discriminación está ocurriendo lo mismo que con el antiguo término «acepción de personas», que es sinónimo de discriminación aplicada a las personas. Hay una discriminación o distinción justa y hay una discriminación injusta, como hay una acepción de personas justa y otra injusta. Sucede, sin embargo, que en el lenguaje usual y en el de los documentos internacionales, la palabra discriminación ha adquirido un sentido peyorativo —como lo adquirió la acepción de personas— equivalente a discriminación injusta. Pero se trata de un sentido peyorativo, no del sentido normal y propio de discriminar y discriminación.

12. Domingo de Soto definía la injusta acepción de personas (discriminación injusta) con estas palabras: «Est enim iniustitiae crimen quo in distributione non causae ad rem pertinentes, sed personae aliarumque eius qualitatum habetur ratio». *De Iustitiae et Iure*, lib. III, q. VI, a. 1. La acepción de personas —en sentido peyorativo— es aquel delito de injusticia que se comete en las distribuciones cuando se tiene en cuenta no el criterio adecuado a la materia distribuida, sino la persona u otras cualidades distintas a las pertinentes al caso.

un concurso de méritos para obtener un puesto de funcionario del Estado, se elige a uno de los candidatos, no por mejor mérito, sino por razón de parentesco, hay discriminación injusta (acepción injusta de personas) respecto de los no elegidos con mayor mérito. En los ejemplos puestos, la distinción operada lesiona la justicia: la discriminación es injusta.

Supuesto que hay una discriminación justa y una discriminación injusta, no podemos olvidar que en el lenguaje la regla suprema es el uso; y el uso ha originado un sentido peyorativo de la palabra discriminación, como equivalente a discriminación injusta. Este uso se ha hecho común en los documentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se habla simplemente de discriminación como discriminación injusta y, en consecuencia, se establece el principio de «no discriminación» como un principio fundamental de justicia. También ese común uso peyorativo del término discriminación se ha introducido en el lenguaje coloquial, aunque sigue usándose la más exacta expresión discriminación injusta.

Puesto que en el lenguaje el uso es soberano, nada hay que decir del sentido peyorativo de discriminación, salvo que es necesario precaverse sobre los posibles riesgos de confusión a los que conduce. Si, efectivamente, discriminar es distinguir, el sentido peyorativo de discriminación puede llevar a entender que toda distinción —toda discriminación— es de suyo injusta, lo cual es a todas luces incorrecto. El peligro no tiene nada de hipotético, como lo muestran las frecuentes confusiones en que se cae al respecto. Y no sólo el vulgo, sino incluso quienes se supone que deben ser expertos en derecho. Conocida es la sentencia de un juez norteamericano declarando discriminatoria contra los blancos la reserva del 20 % de las plazas de unas Universidades a estudiantes de raza negra, siendo así que este trato de favor —esta discriminación— tenía una razón de justicia: asegurar la presencia de estudiantes negros en las Universidades, evitando su exclusión.

Del mismo modo, en los documentos internacionales sobre derechos humanos, si bien en general el uso de discriminación en sentido peyorativo no ofrece dificultades por tratarse de derechos universales, respecto de los cuales la distinción o discriminación es injusta, no faltan casos en los cuales ese uso lingüístico genera la necesidad de aclaraciones que serían innecesarias por obvias, si se distinguiese —como lo pide el sentido propio de la palabra— entre discriminación justa e injusta. Así, por ejemplo, el n. 1 del art. 1 de la *Convención*

Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21-XII-1965 define esa discriminación como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública». Está claro que con discriminación se refiere a la discriminación injusta. Por ello, el n. 4 tiene que aclarar que no se considerarán discriminación —esto es, discriminación injusta—, «las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». No cabe duda de que tales medidas especiales suponen un trato distinto, favorable, pero justo, porque tienden a terminar con una situación injusta de inferioridad; esta distinción es una discriminación justa y si no se le llama discriminación es porque este término se está tomando en sentido peyorativo.

¿Es baladí esta cuestión terminológica? Es tan poco importante como toda cuestión terminológica. Pero se hace importante, cuando la confusión de términos coadyuva a extender una confusión de ideas. En nuestro caso la confusión de ideas está en entender que toda distinción —discriminación—, por el mero hecho de distinguir y diferenciar, es injusta; y esto es falso.

Y es falso porque la justicia misma exige saber distinguir, discernir, discriminar. La justicia no consiste en tratar a todos con la misma medida. No es justo —por ejemplo— tratar igual al demente que ha causado un daño, que a quien lo ha causado gozando del pleno uso de razón, porque la responsabilidad es distinta. La vida social está tan llena de variedad de situaciones, que cualquier jurista tiene experiencia más que suficiente de lo que acabo de decir. Por eso la justicia no se ha definido como dar a todos lo mismo, sino como dar a cada uno —a cada hombre, considerado en la singularidad de su persona y de sus circunstancias— lo suyo, su derecho, que no es necesariamente el mismo en todos.

Sin embargo, no es menos cierto, o mejor todavía, es tan cierto que la justicia consiste en tratar a todos con igualdad. Desde los tiempos más remotos, lo justo es lo igual (*ison*) y el derecho pide la

igualdad de todos los hombres. ¿Qué ocurre entonces? ¿Es la justicia una utopía entre dos realidades contradictorias: distinción e igualdad? ¿O es que lo distinto puede ser igual?

b) Las preguntas que acabamos de hacer nos ponen de manifiesto que, si importante es saber con precisión qué significa la palabra discriminación, no menos importante es fijar el sentido del término igualdad.

La igualdad es nombre de una relación, no de una naturaleza o de una cualidad. Se es igual en relación a una cosa. Por consiguiente se trata de saber en qué consiste esa relación; es claro que la igualdad es una relación de comparación, pero ¿cuándo decimos que dos cosas son iguales? Pues bien, dos cosas son iguales cuando, en relación al punto de comparación, se ajustan o conforman; v. gr. si el punto de comparación es el peso, dos cosas son iguales si pesan lo mismo, aunque la naturaleza, las cualidades y las otras magnitudes que no son el peso sean diferentes.

Tratándose de una relación de comparación, fácilmente se advierte que existen dos formas o tipos de relación de igualdad, que desde siempre se han admitido. Una de ellas es la conformación completa de una cosa con otra; por ejemplo, dos triángulos serán iguales si sus lados tienen la misma longitud, son iguales los objetos fabricados en serie, etc. La otra igualdad es la proporción; en este caso el punto de comparación entre dos cosas consiste en el estar cada cosa en conveniente relación respecto de la otra; por ejemplo, para que una maqueta sea proporcionada al edificio —o sea, igual, pero en pequeño— es necesario que las magnitudes de cada una de sus partes estén en la misma relación respecto del todo que en el edificio reproducido (reproducción a escala). Las magnitudes de la maqueta y las del edificio son distintas, pero se ajustan o conforman —se igualan— en cuanto a la respectiva relación parte-todo; por eso, la proporción es una forma de igualdad. En este caso la igualdad se encuentra en que las cosas comparadas —en el ejemplo puesto cada una de las magnitudes de la maqueta y del edificio— están en la conveniente relación.

La fórmula del primer tipo de igualdad es: A es igual a B, comparándose A con B; la fórmula de la igualdad proporcional es: A es a B lo que C es a D, comparándose, a la vez, A con C y B con D.

En la justicia y el derecho encontramos los dos tipos de igualdad. Unas veces se reconocen o se otorgan derechos iguales —los mismos derechos—; o bien son iguales en naturaleza, cantidad, cualidad o

valor las cosas que se reparten o intercambian, hablándose entonces de repartos o intercambios justos. Pero otras veces, como hemos visto en el Convenio Internacional sobre la discriminación racial, el trato que se da a las personas puede ser distinto y, sin embargo, será justo si es igual con igualdad de proporción. Por ejemplo, si dos ciudadanos están enfermos, uno con un ligero resfriado y otro con una grave insuficiencia renal, se les tratará igual si al primero se le proporcionan tabletas de ácido acetilsalicílico o producto similar y al segundo se le hace un trasplante de riñón. La igualdad reside en la proporción, pues el ácido acetilsalicílico es al resfriado lo que el trasplante de riñón es a la insuficiencia renal; en ambos casos, la medicina adecuada. Respecto del punto de comparación que es la salud, el ácido acetilsalicílico y el trasplante están en la conveniente relación.

Así puede verse cuándo lo justo es la diferencia de trato —la discriminación justa— y no la identidad de trato: cuando la realidad social no es la misma y obedece a diferencias reales, que exigen distinto trato.

3. *El punto de comparación*

Puesto que la igualdad consiste en una relación de comparación, el tema de la igualdad entre varón y mujer debe comenzar por establecer el punto de comparación: ¿respecto de qué queremos decir que la mujer y el varón son iguales o desiguales? La respuesta no será la misma según sea el punto de comparación: en unos casos la respuesta será la igualdad, en otros (v. gr. la función reproductora) será la complementariedad, o sea, la diferencia.

El tema planteado en estas páginas es, obviamente, la *igualdad jurídica*, la igualdad en relación al derecho. Es preciso, pues, que quede claro que aquí varón y mujer han de ser contemplados, no en sus semejanzas o diferencias biológicas, psicológicas o temperamentales, sino según su condición jurídica. Nadie niega que existan entre el varón y la mujer semejanzas y diferencias en los planos físico, psíquico y temperamental; pero recurrir sin más a esas diferencias representaría una trasposición o mezcla de perspectivas de conocimiento. Esas semejanzas o diferencias sólo interesan si, en virtud de ellas, el varón y la mujer son sujeto de derecho (persona en sentido jurídico) con la misma intensidad (igualdad en derecho) o son titulares de los mismos derechos (igualdad de derechos).

4. *La igualdad en derecho*

Acabamos de aludir a que la igualdad jurídica entre varón y mujer se descompone en dos cuestiones que deben separarse: la igualdad *en* derecho y la igualdad *de* derechos. Fijémonos primeramente en la igualdad *en* derecho (o *ante* el derecho, según otra posible formulación).

¿Son varón y mujer igualmente, con la misma intensidad, sujetos de derecho, o sea, personas en sentido jurídico? No nos extrañaría que esta pregunta sorprendiese, porque parece algo indiscutido e indiscutible que varón y mujer han sido y son igualmente, con la misma intensidad, considerados personas en sentido jurídico. Lo parece, en efecto, pero tras ciertas desigualdades entre uno y otra está latiendo esta cuestión. Por ejemplo, si en una sociedad la mujer es discriminada respecto de los asuntos políticos de los que queda jurídicamente apartada, no puede decirse que sea ciudadana con el mismo rango e intensidad que el varón; sin duda, si no tenemos una visión estática sino operativa del *status civitatis*, la mujer, en tal caso, no es ciudadana en la plenitud operativa de esa condición. Esto no afecta simplemente al número de derechos de que goza, sino a su misma condición de sujeto de derecho. La subjetividad jurídica de la mujer —su condición de sujeto de derecho— aparece vacía de derechos políticos, por lo cual en rigor hay que decir que su misma condición de persona en sentido jurídico aparece disminuida. A nuestro juicio, en la raíz de no pocas injustas discriminaciones que ha padecido la mujer está la reducción de grado —no de naturaleza— de la personalidad jurídica.

Esta reducción de grado está implícita en la confusión operada a lo largo de la historia entre personalidad y *status*. Cuestión ésta que no podemos desarrollar aquí. Bastará, a nuestro juicio, recordar que desde Roma hasta nuestro tiempo, se ha hecho —y se sigue haciendo— una fisura, un corte, entre persona en sentido ontológico o filosófico y persona en sentido jurídico. Todavía en la década de los años setenta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio una conocida sentencia sobre el aborto en base a una clara y tajante separación entre el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona. Esta separación entre *homo* y *persona* (en sentido jurídico) es la que ha servido de base para negar elementales derechos a grupos o clases de hombres —de personas humanas— o para reconocer *grados* de personalidad. Se ha entendido por persona (en sentido jurídico) *el*

hombre en su estado y pues los distintos *status* han configurado frecuentemente el mayor o menor disfrute de los derechos o el grado de capacidad, por mucho que la dogmática jurídica haya modernamente distinguido entre personalidad y capacidad o entre la personalidad y su contenido, el hecho cierto es que el enlace que en la misma definición de persona se establecía entre ser persona y estar en un *status*, nos habla paladinamente de que explícita o implícitamente la teoría de los *status*, al comportar esferas más o menos amplias de posibilidad de ser titular de derechos, comportaba grados diversos de personalidad.

En los últimos tiempos ha habido un movimiento tendente a soldar la cisura entre uno y otro concepto. Todo hombre, se dice, es persona¹³; sin embargo, y con excepciones, el acercamiento se ha producido más en el orden cuantitativo (todo hombre es persona), que en el orden cualitativo (se es persona por ser hombre).

A nuestro parecer hay que ir al fondo de la cuestión; es preciso soldar la fisura entre el concepto jurídico y el concepto filosófico de persona. El concepto de persona no es más que la versión jurídica del concepto ontológico de persona. O dicho de otra manera, la persona humana, por el solo hecho de serlo, es sujeto de derecho, es persona en sentido jurídico. Ser sujeto de derecho es rasgo inherente a la personalidad humana, porque todo hombre tiene unos derechos connaturales que le son propios; y más radicalmente, porque la subjetividad jurídica no es más que la expresión, en el ámbito del derecho, de que la persona es dueña de sí¹⁴.

Desde este punto de vista, la personalidad jurídica —ser persona o sujeto de derecho— no admite grados, pues no hay grados de personalidad ontológica. Así como no se es más o menos persona ontológicamente hablando, ni tampoco existe gradualidad en el hecho de ser persona, no puede haber gradualidad en la personalidad jurídica.

Con esto llegamos a una primera conclusión. Varón y mujer son, en el plano ontológico, personas humanas en la más plena y absoluta igualdad. En consecuencia, podemos afirmar un primer postulado: *la personalidad jurídica es absolutamente igual en el varón y en la mujer*. Esto nos lleva a establecer un segundo postulado: *todo título jurídico vale exactamente igual en el varón y la mujer*. O, de modo

13. Cfr. al respecto J. A. DORAL, *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 113 ss.

14. Hemos desarrollado estas ideas en J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit. págs. 115 ss.

parecido, (tercer postulado) *todo derecho tiene la misma exigibilidad o carácter de debido y la misma extensión en el varón y en la mujer*. Resulta, pues, ser discriminación injusta cuando un título de derecho no vale lo mismo si el titular es varón o mujer; v.gr. si el título de propiedad otorga la administración de los bienes propios, es discriminatorio que la mujer necesite una autorización para administrar que no necesita el varón en las mismas circunstancias. Puede ponerse otro ejemplo: si un título universitario —que es un título de derecho— otorga más posibilidades profesionales al varón que a la mujer, estamos en presencia de una discriminación. Como es discriminatorio que el adulterio —que lesiona el derecho del otro cónyuge— se considere, en cuanto tal, delito más grave —en consecuencia, más injurioso o injusto— si quien lo comete es la mujer que si lo comete el varón.

Desde este punto de vista, hemos de afirmar la absoluta igualdad *en derecho* del varón y de la mujer.

5. *La igualdad de derechos*

Cuestión distinta es la igualdad *de* derechos. Esta igualdad no es la misma que la anterior ni puede confundirse con ella. Por igualdad de derechos entendemos la igualdad en el número de los derechos de los cuales se es titular.

Bien sabido es que apenas encontramos dos personas que sean exactamente iguales con igualdad de derechos. Un soltero o un casado —por ejemplo— no tienen los mismos derechos, desde el momento en que el casado, por el matrimonio, tiene derechos conyugales, de los que carece el soltero. Un abogado tiene unos derechos profesionales distintos de un arquitecto, etc. Se trata, pues, de ver si el varón, por ser varón, y la mujer, por ser mujer, tienen algunos derechos específicos, sin que esta diferencia o distinción sea una discriminación injusta.

Planteado así el problema y, en relación con lo visto en el apartado anterior, podemos establecer un cuarto postulado: *en todo aquello no diferenciado por el sexo, varón y mujer tienen una potencial igualdad de derechos*. Es decir, sólo en el supuesto de que el varón y la mujer tengan derechos cuyo fundamento sea el sexo, cabe una desigualdad —diferencia— potencial de derechos. Y decimos potencial, porque, como hemos visto hace un momento, no

se trata de que todos los hombres tengan exactamente el mismo número de derechos —algunos son incompatibles entre sí— sino de que sea igual la potencialidad para ser titular de ellos. La razón es clara: la diferente potencialidad significaría diferencia de grado en la personalidad.

Llegados a este punto, parece conveniente dejar clara la relación entre el sexo y el ser de la persona humana. Es evidente que siendo el varón y mujer igualmente personas humanas —individuos de la especie humana— el sexo no impone diferenciación en el núcleo fundamental de lo que, en términos aristotélicos, es la *physis* o naturaleza humana, esto es, la esencia como principio de operación. El sexo no es otra cosa, como he dicho en otro lugar, que una forma accidental de individuación completa de la naturaleza humana¹⁵. En ese lugar, he expuesto el sentido de la diferenciación sexual¹⁶, que puede sintetizarse en los dos puntos siguientes:

1.º) La distinción de sexo no afecta a la esencia del hombre; representa un modo de ser de aspectos importantes del ser humano, pero no pasa de ser un *accidente* en términos filosóficos aristotélicos.

2.º) La distinción varón-mujer no da a cada sexo una participación exclusiva y excluyente en los aspectos de la naturaleza humana diferenciados, que faltarían totalmente en el otro sexo; es el *mismo aspecto* de la naturaleza humana el que adopta una *modalidad accidental distinta*. Esto es cierto incluso en el plano físico y orgánico, en el cual la distinción obedece al diverso desarrollo de un principio orgánico que, en su raíz (en el embrión humano), es único. Los caracteres sexuales distintos son el mismo principio desarrollado según un modo diferente.

De acuerdo con este esquema, se puede sacar una serie de conclusiones.

a) Puesto que la naturaleza humana existe de modo único e igual en el varón y en la mujer, podemos establecer un quinto postulado: *de los derechos y deberes cuyo título y fundamento es la naturaleza humana son titulares, con absoluta igualdad, el varón y la mujer*. Se trata aquí de los derechos humanos (y deberes) en sentido estricto, es decir, de los derechos connaturales al hombre, aquellos

15. *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, en «Persona y Derecho», I (1974), pág. 68.

16. *Loc. cit.*, págs. 67 ss.

inherent rights o derivados de los atributos de la persona humana de los que hablan como propios de todo ser humano las declaraciones internacionales de derechos humanos. En la medida en que el título o el fundamento de un derecho o un deber sea la naturaleza humana, siendo ésta igual en el varón y en la mujer, el postulado resulta evidente.

b) Dado que el sexo, como forma accidental de individuación completa de la naturaleza humana, supone que algunos aspectos del ser humano adoptan una modalidad accidental distinta, a la vez que se trata de una modalidad accidental del mismo principio natural, se llega a un sexto postulado: *los aspectos sexualmente diferenciados de la naturaleza humana tienen jurídicamente el mismo valor y dignidad en el varón y en la mujer*. Por ejemplo, tiene igual dignidad y valor ante el derecho la paternidad o la condición de esposo respecto del varón, que la maternidad o la condición de esposa en la mujer. Por consiguiente, si es cierto que un mismo derecho o deber puede adoptar formas accidentales distintas, no es menos cierto que, en este caso —séptimo postulado—, *los derechos y deberes modalizados por la diferenciación sexual tienen el mismo carácter de deuda y exigibilidad en el varón que en la mujer*. Así, por ejemplo, los derechos y deberes conyugales, aunque modalizados por el sexo (el marido los tiene como varón, la esposa como mujer) son los mismos y tienen idéntico valor; de ahí que, por ejemplo, el adulterio sea igualmente injusto e injurioso —ni más ni menos— respecto del varón que de la mujer, lo que indica que, siendo el bien jurídico lesionado el mismo, la pena con que se castigue debe ser la misma. Del mismo modo podríamos decir que el deber de educar a los hijos recae igualmente en el marido que en la esposa, etc.

c) Con esto llegamos a un octavo postulado. Fuera de los casos en los que el sexo es fundamento directo de la modalización de los derechos y deberes, lo cual sólo ocurre en el matrimonio, la modalidad sexual se refiere únicamente a matices del actuar y, por lo tanto, no debe afectar ni a la capacidad jurídica ni a la de obrar, sino, en todo caso, a los posibles requisitos para desempeñar funciones, unas veces favorablemente, otras desfavorablemente. Pero, en tales supuestos, hay que estar al caso particular de varón y mujer, pues el establecimiento de reglas generales puede ser discriminatorio. Decimos que puede serlo, pues cabe que existan razones equitativas o de moral, que hagan razonable, en un contexto determinado, el estableci-

miento de esas reglas generales; mas esto no es obstáculo para que se actúe de forma que sea posible la derogación gradual de esas reglas generales de modo que no se ataque a la equidad ni a la moral. En consecuencia, *fuera del matrimonio los derechos y deberes no reciben modalidad por el sexo y por lo tanto si se establece el sexo como principio de diferenciación se cae en discriminación injusta.*

d) Y del octavo pasamos al noveno postulado: *sólo las circunstancias y no el sexo pueden ser fundamento legítimo de la diferenciación de derechos.* Decíamos antes que la igualdad de derechos entre los hombres se refiere a la potencialidad de su titularidad y disfrute, dado que los hombres, por las diversas circunstancias en que se encuentran, no pueden de hecho tener exactamente los mismos derechos. Pues bien, el sexo no es una circunstancia —fuera del matrimonio y de las funciones conexas con él, v. gr. la maternidad— que modalice los derechos, como ya hemos dicho; por lo tanto a igualdad de circunstancias deben tener la misma extensión en el varón y en la mujer. Así, por ejemplo, es discriminación injusta que, en igualdad de circunstancias, el salario sea distinto en el varón y en la mujer por razón del sexo; en la correlación justa entre trabajo y salario, el sexo no es una circunstancia relevante. Lo mismo cabe decir de la jubilación, pensión por viudedad, complemento de sueldo por hijos, etc.

e) Por último, el décimo postulado: *en los derechos modalizados por el sexo, es injusta la igualdad de varón y mujer en el modo de los derechos.* Al ser distintos varón y mujer en cuanto a la forma accidental de individuación de la naturaleza humana, la modalización de los derechos por el sexo responde a un principio de justicia o ajustamiento de derecho natural (igualdad proporcional). Por lo tanto es injusto: 1.º) No reconocer la modalidad e igualar en lo que a ella atañe al varón y a la mujer; así resulta evidentemente injusto, además de inmoral, el reconocimiento legal de las relaciones homosexuales o el pretendido «matrimonio» entre personas del mismo sexo. 2.º) Pretender extender la modalidad de un sexo al otro; por ello es injusto igualar la mujer al varón en sus funciones diferenciadas naturalmente, como lo sería limitar o anular la capacidad de la mujer de ser madre en aras a una pretendida igualación con el varón, etc.



6. *Conclusión*

La conclusión que se deduce de esta breve exposición, que necesitaría de una mayor extensión para poder desarrollarla en toda su virtualidad, nos parece tan clara como sencilla: varón y mujer son jurídicamente iguales. Sólo falta que esta conclusión sea una plena realidad en la vida social.